

POR DON JOSEPH

NICOLAS DE BALCARCEL,

VECINO DE LA ISLA DE LA PALMA, EN EL PLEITO con Don Juan Matheo Pexio, y Doña Ana de Balcarcel, su muger, vecinos de la misma Isla, sobre la possession de el Vinculo, que fundò Doña Beatriz de Balcarcel.

PRELUDIO I.



1. EN LA CIUDAD DE SANTA CRUZ, DE la Isla de la Palma, vivieron Don Andrès de Balcarcel y Luxo, y Doña Ana Lorenzo Monte-Verde, su muger, quienes tuvieron por sus hijos à Doña Beatriz, y Don Andrès de Balcarcel, los que como buenos hermanos vivieron con tal union, no solo en las voluntades, sino tambien en los caudales; que aunque Don Andrès se casò con Doña Isabèl de Escobar en 6. de Mayo 1708. como parece al fol. 106. B. de los Autos, nunca se separò de su compañia Doña Beatriz, su hermana, ni dividieron el caudal, y bienes, que heredaron de los referidos sus Padres. Tuvo Don Andrès, y dexò por su unica hi-

ja, y heredera à Doña Ana Beatriz de Balcarcel, la que nació 26. de Marzo, y se baptizò en 9. de Abril de 1710. de que consta al fol. 113. B. Despues muriò Don Andrès con el sentimiento de no dexar hijo Varon, que conservasse el lustre de su Casa, y familia, encargando à su muger, y à su hermana Doña Beatriz, que solicitassen casar à Doña Ana Balcarcel su hija, con pariente de su familia, y apellido, para que assi se conservasse uno, y otro.

2. No descuidaron este encargo, y comunicacion las referidas Doña Isabèl, y Doña Beatriz, pues aun antes de tener Doña Ana su hija, y sobrina, edad competente para contraher matrimonio, solicitaron pariente de la familia de Balcarcel, con quien casarla, haciendo eleccion de Don Joseph Nicolàs de Balcarcel, vecino de la Isla de Thenerife, como lo acreditan las Cartas, que estàn à los fol. 154. y siguientes. Pero noticioso de esto Don Juan Matheo Poxio, solicitò captar la voluntad de Doña Ana, y por medio de una Esclava la persuadiò, à que se saliesse de la casa de su Madre, y Tia, con quienes estaba en la Hacienda, que tenian en el sitio de la Galga, distante quatro leguas de la referida Ciudad, y se fuesse à esta, y à la casa de Don Luis Bandebal, en donde en 26. de Septiembre de 1721. Don Juan Pogio, y Doña Ana de Balcarcel, reciprocamente contraxeron esponsales, dandose prenda el uno à el otro, y jurando cumplirlos, obtenida la dispensa de el impedimento de consanguinidad en segundo grado, que entre los dos havia, y por consiguiente antes de la pubentud de Doña Ana, q̃ solo tenia once años y medio de edad, celebrò esta los esponsales, y otorgò Escriptura de ellos.

3. Doña Beatriz de Balcarcel, continuando en su deseo, y el de su hermano Don Andrès, otorgò Escriptura en 10. de Abril de 1722. en que hizo Vinculacion, para despues de los dias de su vida, de todos sus bienes, que le pertenecian por sus legitimas paterna, y materna, expressando estaban pro indiviso con los de Don Andrès su hermano, è hizo los llamamientos siguientes.

Desde luego llamo por primer Sucessor de este Vinculo, para despues de los dias de mi vida, à Doña Ana de Balcarcel, mi sobrina, con condicion, que haya de casar con Don Joseph de Balcarcel, mi sobrino, natural de la Isla de Thenerife, porque mi animo, y voluntad siempre ha sido, y es, que la dicha mi sobrina case con Deudo mio, para que se perpetùe, y mantenga su casa, que esta fue siempre la voluntad, que con maduro acuerdo me comunicò Don Andrès de Balcarcel mi hermano: por cuyos motivos, y razones Doña Isabèl Blasina de Escobar, como madre,

tutora,

tutora, y curadora de dicha Doña Ana mi sobrina, tratò, y ajustò con el dicho Don Joseph, por el mes de Junio proximo passado, casarla con la condicion, que el susodicho havia de permanecer, y vivir en dicha Isla, para la conservacion, y manutencion de la casa de dicho su marido Y de no llevar à debido efecto la dicha Doña Ana mi sobrina, este casamiento, contratado por la dicha su madre, y Tutora, con el dicho Don Joseph, desde luego la excluyo de este Vinculo, y à toda su sucession, como si tal llamada, y nombrada, no fuera; y en su lugar nombro desde luego, para quando llegue el caso de mi fallecimiento, en primero lugar, à el dicho Don Joseph Nicolàs de Balcarcel, y à toda su descendencia legitima, prefiriendo el varon à la hembra, y el mayor à el menor, con condicion, que el dicho Don Joseph Nicolàs, y el que de èl sucediere en este Vinculo, hayan de vivir en dicha Isla, para que siempre se mantenga en ella la casa, y nombre de Balcarcel, y en caso de contravension, passe à el siguiente en grado.

4. Y en otra Clausula dice: *Es condicion, que si el dicho Don Joseph Nicolàs no dexare hijo varon de dicho matrimonio, sino hembra, esta tenga la obligacion de casar con Balcarcel, y de no hacerlo assi, desde luego la excluyo, y passe à el siguiente en grado; y que en caso de no haver Caballero Balcarcel, con quien casarse, y por ello casare con estraño, tenga este la obligacion de firmarse con el apellido de Balcarcel.*

5. Y prosigue otra Clausula, diciendo: *Es condicion, que si el dicho Don Joseph Nicolàs falleciere, sin haver casado con la dicha mi sobrina, ò despues de casado, no dexare sucession legitima, sea obligada la dicha Doña Ana Balcarcel, y la descendencia legitima, que tuviere, à guardar la misma orden, y condicion. Y si la dicha Doña Ana mi sobrina falleciere antes de casarse con el dicho Don Joseph Nicolàs, ò despues de casada, sin dexar sucession, suceda en este Vinculo el dicho Don Joseph, y su descendencia legitima, conforme và dicho; y à falta de ella, suceda la descendencia legitima de el Alferez Mayor Don Francisco de Balcarcel, vecino de la Villa de la Orotava, guardando las condiciones, y obligaciones expressadas, y en su defecto suceda el ultimo, llamado en el Vinculo, que fundò Doña Ana de Balcarcel mi Tia.*

6. Y en esta Escriptura reserva el testar, y disponer de sus bienes, para su funeral, y bien de su alma, se obliga, à no revocarla, dando poder à las Justicias, para que la compelan, y apremien à su cumplimiento, como por sentencia passada en cosa juzgada, jura, no revocarla, con las demàs clausulas consernientes à la perpetuidad, y estabilidad de el Vinculo.

7. Con noticia de esta fundacion, Don Juan Poxio, y Doña

Ana

Ana de Balcarcel, que yà havia cumplido 12. años de edad, otorgaron el dia ſiguiente 11. de Abril de 1722. Eſcriptura, en que ratificaron los referidos Eſponſales; y como la diſpenſa de el parenteſco tardaſſe algun tiempo, huvo baſtante, para que Doña Beatriz, y Doña Iſabèl de Eſcobar, ſu cuñada, aviſaſſen à Don Joſeph Nicolàs, y eſte paſſaſſe, como con efecto paſsò à la Palma à efectuar el tratado matrimonio con Doña Ana; pero eſta nunca quiſo deſiſtir de ſu animo, de caſarſe con Don Juan Poxio ſu primo, poſponiendo, y deſpreciando el llamamiento à el Vinculo, y dàr cumplimiento à la condicion de caſarſe con Don Joſeph de Balcarcel; y para que no quedaſſe diligencia alguna por hacer, ſe notificò, è hizo ſaber la fundacion del Vinculo, y ſus condiciones à Doña Ana, judicialmente, à pedimento de Doña Beatriz ſu Tia, en 10. de Diciembre de 1722. y permaneciò Doña Ana en ſu intento, y obtenida la diſpenſa, contraxo matrimonio en 19. de Enero de 1723. con Don Juan Poxio.

8. Y luego paſsò eſte à ſeguir Autos de particion, y diviſion de el Caudal de ſu muger, de el de Doña Beatriz ſu Tia, en los que ſe adjudicaron à eſta las Caſas del Pago, cabo de la Galga, y ſe diò deſpacho, para que el Alcalde le entregaſſe las llaves, y la mitad de las Pipas, que havia en la Bodega; y para que ſe notificaſſe à los Arrendadores, y Medianeros, acudieſſen à cada una de las partes con la mitad de las Rentas, y frutos, los que eſtuvo percibiendo, y gozando Doña Beatriz, en la parte que le pertenecian, haſta que muriò. Y Don Juan Poxio, por ſu muger, percibiò la otra mitad: Eſto conſta de Teſtimonio de los Autos deſde el fol. 41.

9. Permaneciò Don Joſeph de Balcarcel en la Palma, viviendo en compañia de Doña Beatriz, quien en 20. de Enero de 1724. como Patrona de cierta Capellania, y uſando de la facultad, que tenia para nombrar Patrono, que la ſucedieſſe, nombrò à el referido Don Joſeph, haciendo mencion de la Fundacion de el Vinculo, de que havia de ſer primero poſſeedor, y diſponiendo, que en caſo de no nombrar Don Joſeph de Balcarcel, para deſpues de ſus dias, otro Patrono, lo fueſſe el Poſſeedor del Vinculo. Y en 8. de Marzo de 1725. la miſma Doña Beatriz otorgò poder à el referido Don Joſeph de Balcarcel, para que en virtud de èl, y como primer Suceſſor à el Vinculo, que de todos ſus bienes havia fundado, percibieſſe, y cobraſſe de Doña Iſabèl de Eſcobar las cãtidades, prendas, y alhajas, pertenecientes à Doña Beatriz, que tenia en ſu poder, de el tiempo,

que

que administrò el caudal, que pertenecia à la otorgante, y à Doña Ana, su sobrina, como heredera de su Padre, y de que havia dado la quenta la dicha Doña Isabèl, contra la qual tenia diferentes derechos, que representar. Y en 16. de Febrero de 1731. la expressada Doña Beatriz otorgò su ultima disposicion, instituyendo por su heredero à Don Joseph de Balcarcel, su sobrino, con aprobacion de el Vinculo, y donacion, que à su favor tenia hecho. Y haviendo muerto baxo de esta disposicion, en el mismo dia se hizo de oficio, por el Teniente, provencion, mandando hacer Inventario, y recoger las llaves, y se hizo por Don Joseph de Balcarcel, como heredero, el Inventario: y Don Juan Poxio, para que en nada se cumpliesse lo que Doña Beatriz de Balcarcel havia dispuesto, en odio de no haver dexado por heredera à su sobrina Doña Ana, ni revocado la fundacion de el Vinculo, ni haverla querido comunicar, ni hablar, desde que se casò, saliò oponiendose à la disposicion ultima de Doña Beatriz, pretendiendo, se declarasse por nula, y à Doña Ana, su muger, por heredera abintestato, sobre que se ha seguido un largo litigio, que en la Real Audiencia de Canaria se determinò à favor de Don Joseph de Balcarcel, de que hai testimonio en estos Autos.

10. Los que tuvieron principio en 19. de Febrero de 1731. ante el Teniente de la Ciudad de Santa Cruz de la Palma, dando pedimento Don Juan Poxio, como marido de Doña Ana de Balcarcel, presentando la fundacion del Vinculo, de que dixo, se le havia transferido la possession civil, y natural à Doña Ana, y pidiò se le diesse la real, y actual. Saliò contradiciendola immediatamente Don Joseph de Balcarcel, y pidiendo ser manutenido por el remedio summarissimo de el interin, en la possession, que tenia de los bienes de el Vinculo, con suspension de los juicios, petitorio, possessorio, y de propriedad. Y por Don Juan Poxio se pidiò la manutencion en la misma conformidad; y vistos los Autos por el Teniente, los recibiò à prueba por via de informacion, y despues pidiò Don Juan Poxio, se notificasse à los Medianeros, Tributarios, y Arrendadores de la hacienda, y bienes del Vinculo, no entregassen sus frutos, y rentas à persona alguna, reteniendolas hasta que otra cosa se mandasse, y desde luego se difiriò à esto por el Teniente; y aunque por Don Joseph de Balcarcel se contradixo, mandò se cumpliesse su providencia, sin perjuicio de el derecho de las partes en el articulo de manuntencion pendiente.

diente. Se hicieron probanzas por una, y otra parte, y sin embargo, que de ellas constò, que despues de la muerte de Doña Beatriz, havia Don Joseph de Balcarcel cobrado, y percebido las rentas, y frutos, que antes percebia la misma Doña Beatriz, no se consiguiò, que el Teniente mandasse alzar el sequestro, ni que se determinassen los Autos, que estaban conclusos sobre el articulo de manutencion, aunque Don Joseph de Balcarcel ganò para ello provision insitativa de la Audiencia de Canaria, à donde volviò à ocurrir, y se mandò, que informasse el Teniente con testimonio de los Autos; con la que consiguiò copia de ellos, que presentò en la misma Real Audiencia, pidiendo retencion, è insistiendo en la manutencion, y que se alzassen los embargos. Y por Don Juan Poxio se pidiò manutencion, y que declarasse à mayor abundamiento, haversele transferido à su muger la possessión civil, y natural de los bienes de el Vinculo, y se mantuviessen los embargos. Y vistos los Autos, se recibieron à prueba, con el termino ordinario, y se mandaron sequestrar los bienes, que se le havian señalado à Doña Beatriz el año de 1724. y havia gozado hasta su muerte, con sus frutos, en persona llana, y abonada; y aunque Don Joseph de Balcarcel pidiò, se le nombrasse por Administrador, ofreciendo afianzar, lo mismo pretendiò Don Juan Poxio, y se mandò guardar lo proveìdo, y que el Administrador, que se nombrasse, mantuviesse à Balcarcel en la possessión de la casa de la Ciudad de la Palma, dando fianza. Y haviendose hecho nuevas probanzas por ambas partes, se alegò de bien probado por la de Don Joseph de Balcarcel, y pidiò, se declarasse en el juìcio ordinario possessorio, haversele transferido la possessión civil, y natural de los bienes de el Vinculo, y que se alzasse el sequestro, y se le diesse la real, y actual. Y por Don Juan Poxio se insistiò, en que se declarasse, haverse transferido la possessión de el Vinculo, y tocarle este à su muger, con sus frutos, y rentas. Y conclusos los Autos, vistos en 25. de Febrero de 1733. se declarò tocar la possession de el Vinculo à Don Juan Poxio, y su muger, à quien se le entregassen los bienes, con sus frutos, reservando para juìcio de propriedad, el derecho à Don Joseph de Balcarcel, por quien se apelò de esta providencia: y Don Juan Poxio pretendiò, que solo en lo devolutivo se oyesse la apelacion, y que se le diesse la possessión, ofreciendo fianza; pero se oyò la apelacion en ambos efectos. Y haviendose trahido los Autos à esta Real Audiencia, se ha pedido

por

por Don Joseph de Balcarcel la revocacion, y que se le manutenga en la possession de los bienes de el Vinculo, declarandole por legitimo, y verdadero posseedor de èl, y mandòse alzar el sequestro. Y por Don Juan Poxio se ha pedido la confirmacion de el Auto definitivo de la Real Audiencia de Canaria, el que se ha confirmado, en vista, de que ha suplicado la parte de Don Joseph de Balcarcel, insistiendo en lo mismo, que havia pedido en la instancia de vista; y por Don Juan Poxio se pretende, que se declare, no haver lugar la suplica, y quando no, que se confirme el Auto de vista.

PRELVDIO II.

11. DE este hecho se han exitado varias dudas, en las alegaciones, que se han hecho en todas instancias; y para que se proceda con claridad, se ha de suponer, que en tres especies divide D. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 12. las fundaciones de Vinculos, y Mayorazgos à el n. 2. versic. *Vt autem.* La primera en testamento, la segunda en contrato, y la tercera *simplicitèr*, sin expressar, que sea por testamento, ò por contrato. De esta tercera especie parece es la fundacion de nuestro caso, en el qual, por el pacto de no revocar, que tiene, se ha de considerar como contrato en todo. D. Molin. loc. citat. n. 28. vers. *Si vero majoratus simplicitèr fiat*, sin distinguir, si se observò en la fundacion la solemnidad de testamento, ò la de contrato; porque el pacto de no revocar, hace, que aunque tuviera las solemnidades de testamento la fundacion, no se haya de juzgar como ultima voluntad, sino como contrato.

12. Tambien se ha de suponer, que el llamamiento de Doña Ana de Balcarcel es condicional; y para conocer quando es condicion rigorosamente tal, ò modo, la regla general es, que la condicion suspende el efecto de la disposicion, hasta que estè purificada, ò cumplida la condicion. Y el modo no impide, ni suspende, sino obliga à cumplir aquello, que se manda por la disposicion. D. Molin. de Primog. lib. 2. cap. 12. n. 4. Explicase mas con la distincion, que hace à el num. 2. quando el todo de la fundacion es condicional, porque se dice en ella, que se hace con tales condiciones, que han de guardar, y observar los Successores de el Mayorazgo. Entonces aquellas condiciones no son propria-

mentales; porque aunque los Successores no las cumplan, no queda dissuelto el Mayorazgo, ni los bienes se hacen libres; sino que han de ser los Successores obligados, y apremiados à cumplir las condiciones, leyes, ò modos, que estableciò el Fundador, poniendo à el num. 12. el exemplo de las condiciones, que mas frequentes se hallan en las fundaciones de Mayorazgos, como son la prohibicion de enagenar los bienes, y el gravamen de usar los posseedores de el nombre, y Armas de el Fundador, y otras semejantes. Y prosigue en el segundo caso de la distincion, quando no toda la fundacion, sino los llamamientos, ò sustituciones son condicionales, y subdistingue, ò se trata de las mismas personas llamadas, ò de los gravamenes, y cargas, que se les ponen à los llamados, en el primer caso dice à el num. 12. aunque las mas veces el primer llamado sea sin condicion, algunas por especial disposicion de el Fundador, està llamado debaxo de alguna condicion, y los demàs llamados siempre son con la condicion, de que muera el primero, ù otras semejantes. Con que no hai inconveniente, en que el primer llamado sea debaxo de condicion rigorosa, que suspenda el efecto de el llamamiento hasta su verificacion. Y aunque en los num. 13. y 14. hablando de los gravamenes, impuestos à los llamados, dice, que no se han de tener por condiciones, que suspendan el llamamiento, sino que se hayan de cumplir *post ipsam vocationem perfectam, & dominium, ac possessionem in vocatos translatam.* Limita esto en algunos casos, que pone en los numeros siguientes. Siendo la segunda limitacion à el num. 18. *Nisi majoratus institutor in ipso gravamine disponat, quod si Successor illud non ad impleverit, senseatur non vocatus, & preteritus.* Porque en este caso serà llamamiento condicional, y contraviniendo à la condicion, se tendrà, como si nunca huviera sido llamado. Con que si tenèmos à Doña Ana de Balcarcel llamada con la condicion de efectuar el matrimonio, tratado por su madre, con Don Joseph de Balcarcel, y en caso de no efectuar este matrimonio, excluìda, como si tal llamada, ni nombrada no fuera, y en su lugar llamado à Don Joseph de Balcarcel; hallamos à Doña Ana con un llamamiento condicional rigoroso, que por no haver cumplido con la condicion, la pone en los mismos terminos, que si no huviera sido llamada.

13. Assimismo se supone, quE la condicion de efectuar el matrimonio, tratado con Don Joseph de Balcarcel, es licita, honesta, y possible, y tambien la exclusion de Doña Ana, en caso de no

con-

contraher dicho matrimonio. Sanchez de matrim.lib.1.dispuт.33. n.6. P. Molin. de justicia, & Jur. tom.3.trat. 2. disput. 613. num.1. D. Molina de primog. lib. 2. cap.13.n.1.D.Cast.lib.4. Controvers. cap. 25. n. 48. Gomez, lib.1. Variar. cap. 12. n. 79. Cardenal de Luc. de testam. disc. 73. n. 21. y 22. de Matrimon.disc. 14. porque en esto no se impide la libertad de el matrimonio, ni se le impuso pena alguna à Doña Ana, ni se le privò de derecho adquirido, pues ninguno tenia fundado à los bienes de su Tia Doña Beatriz, y esta pudo, para invitarla à efectuar el matrimonio, tratado con Don Joseph de Balcarcel, poner la dicha condicion, y exclusion, en caso de contravenir à ella. Pues como dixo D. Molina de primog. lib. 2. cap. 12. n. 34. *Leges seu conditiones possibiles justas adque honestas procul dubio à majoratum successoribus præcisè servandas esse seu in contractibus sive in ultimis voluntatibus apositæ fuerint, sive conditiones ipsæ potestativæ, consuales, aut mixtæ sint; alias autem illas non servantes majoratum successione privandos esse.* Y prosigue à el n. 35. explicando quales sean condiciones imposibles por naturaleza, ò de hecho, ò torpes, por ser contra derecho, ù honestidad, piedad, ò buenas costumbres, comprobandolo con las leyes 3. 4. y 5. tit.4.part.6. Y ninguna de estas qualidades se halla en la condicion puesta à el llamamiento de Doña Ana.

14. Es cierto tambien, q̃ la fundacion, q̃ hizo Doña Beatriz es valida, y que los llamamientos, y condiciones en ella puestas, fueron à su voluntad; porque ademàs de la presumpcion, que tiene à su favor el instrumento de ser verdadero, solemne, y quanto en èl hai escrito de voluntad del otorgante, como dixo Parexa de instr. edit. tit. prim. resol. 3. §. 1. n. 7. tiene la aprobacion de Don Juan Poxio, y su muger, que presentaron la fundacion, para pedir la possession de el Vinculo. Con cuyo hecho, no solo aprobaron el instrumento de la fundacion, sino tambien esta, y la disposicion, que el instrumento contiene. Parexa, tit. 7. ref. 3. n. 1. y siguientes. Y assi, no la pueden impugnar, ni en el todo, ni en parte; porque *qualitates & conditiones contractuum sunt individuæ ab ipso, atque ideò qui utitur contractu, non potest rejicere aliquam ejus conditionem aut qualitatem; sed tenetur eum recipere, vel repudiare. Et qui juvatur aliqua scriptura tenetur in totum eam recipere nihil repudiare.* Sic D. Salgad. Labyr. cred. part. 2. cap. 6. n. 21. y siguientes; y part. 3. cap. 2. n. 84. y 85. Y el mero hecho de pretender Doña Ana, y su marido los bienes, como Vinculados, acredita, que no tiene la fundacion

cion

cion defecto alguno, y por consiguiente, quanto en los Autos se ha alegado, sobre que Doña Beatriz no hizo la Vinculacion voluntariamente, sino por las persuasiones, è instancias de Doña Isabèl de Escobar, su cuñada, y de Don Matheo de la Cruz, Beneficiado de la Iglesia de aquella Ciudad, ha sido, y es, no solo inutil, sino contrario, è implicatorio à la pretension de Doña Ana, y su marido, ex dictis à Rox. de in comp. p. 6. cap. 1. per totum; y por consiguiente, no hai para què, sobre este assumpto, dilatar este informe.

15. Y mas quando se halla comprobada la voluntad libre de Doña Beatriz, en la fundacion de el Vinculo, sus condiciones, y llamamientos, con los repetidos actos, que hizo despues hasta su muerte, que constan en los instrumentos relacionados à el num. 9. los que como hechos ciertos, comprueban mas la voluntad, que las palabras, ut ait D. Cast. lib. 1. Controv. cap. 2. n. 116. y siguientes, lib. 2. cap. 26. n. 87. lib. 5. cap. 107. à n. 1. usque ad 35. Barb. vot. 19. n. 1. y 2. Y assi, quando huviera alguna duda en la voluntad de Doña Beatriz, como està por los actos siguientes, à la fundacion manifestò el animo, y voluntad, con que la havia hecho, dando por excluìda à Doña Ana, y por primer llamado à el Vinculo à Don Joseph de Balcarcel, en los instrumentos, que despues otorgò, no puede hallarse mejor, ni mas verdadera interpretacion, y declaracion de la fundacion de el Vinculo, *ut ait* D. Castill. lib. 6. cap. 182. n. 52. y sig. Y esto procede con mayor razon, quando los mas de los actos, è instrumentos, se hallan hechos, y otorgados despues de la muerte de el Beneficiado Don Matheo de la Cruz, que fue por Septiembre de el año de 1724. de que hai Certificacion en los Autos à el fol. 266. y tambien de estàr Doña Beatriz separada de Doña Isabèl de Escobar, su cuñada, y divididose el caudal de Doña Ana, de el de Doña Beatriz, y cessado la administracion, que de uno, y otro tuvo Doña Isabèl, como de los mismos instrumentos se colige, y por consiguiente havian faltado las persuasiones de el Beneficiado, y de Doña Isabèl, y quedado Doña Beatriz libre de ellas. Extraditis à Barb. vot. 1. n. 44. y 105. y vot. 17. n. 132. y 147. Y de las persuasiones no hai probanza concluyente.

16. Sin hallarse acto alguno de Doña Beatriz contrario à la fundacion, sus condiciones, y llamamientos, y en especial à el de Don Joseph de Balcarcel; y antes sì ratificò uno, y otro, con el

ins-

inſtrumento, que otorgò, y eſtà en los Autos à el fol. 114. en que previniendo el caſo, de no poder el dicho Don Joſeph, ò los demàs Succeſſores, en el Vinculo, por lo poco, que eſte rindieſſe, mantenerſe en la Isla de la Palma, con el luſtre correſpondiente à ſu calidad, y que por eſto, pudiera llegar el caſo de ſalir el Vinculo de la familia de Balcarcel, y ceſſar el motivo de la fundacion, revocò el gravamen, que en la miſma fundacion ſe ponia à los poſſeedores, de vivir, y reſidir en la Palma, dexando en ſu fuerza, y vigor el Vinculo, ſus llamamientos, y condiciones. Con cuyo inſtrumento ſe acredita, que Doña Beatriz, lo què principalmente atendiò ſiempre, fue, à que ſu Vinculo no ſalieſſe de la familia de Balcarcel; y como caſandoſe Doña Ana, ſu ſobrina, con varon de otra familia, y apellido, paſſaba eſta à la familia de el marido, con quien caſaſſe. *Nam uxor per matrimonium tranſit in familiam mariti.* Como fundò Roxas de incompatib. part.4.cap.3.n.4. y ſiguientes, porque en ningun tiempo gozaſſe, ni poſſeyeſſe los bienes de el Vinculo, quien no fueſſe de la familia de Balcarcel: *Quia per matrimonium non ſolum tranſit in maritum poſſeſsio bonorum majoratus uxoris, ſed etiam dominium ad illam pertinens, dum vivit*, que dixo el miſmo Roxas, ubi ſupra: previno Doña Beatriz, con la condicion, de que Doña Ana caſaſſe con Balcarcel, que eſte, y no otro alguno, gozaſſe ſus bienes, y Vinculo: y eſto confieſſa, la moviò, para poner la dicha condicion; y la de que vivieſſen los poſſeedores en la Palma, para que alli ſe conſervaſſe el apellido de Balcarcel, con el luſtre, que ſiempre havia tenido. Y como *ſordeſit, & deprimitur familia paupertate, & per divitias familiarum conſervatur honeſtas, quæ per inopiam ſordeſit.* Como fundò D. Balenzuela, Belazquez, conſ. 156. n. 93. y conſ. 185. n. 33. para que no llegaſſe eſte caſo, declarò Doña Beatriz en el referido inſtrumento, que la condicion pueſta en la fundacion, de que los poſſeedores reſidieſſen en la Palma, no ſe debia entender con el rigor, que ſe expreſsò, ni havia ſido el fin primario, y cauſa final de la fundacion; y dexandola en ſu fuerza, y vigor, ſin alterar la Vinculacion, ſus condiciones, y llamamientos, quitò à los Succeſſores en el Vinculo el gravamen, de reſidir en la Palma, que lo pudo hacer, ſin embargo de ſer la vinculacion irrevocable, por no oponerſe eſto à la diſpoſicion de derecho, en la ley *perfecta donatio Cod de donat. quæ ſub mod.* En que ſe prohibe, añadir condiciones, ò gravamenes à el donatario,

tario, ò en perjuicio de este; y de los que tienen adquirido derecho à la donacion, como lo funda D. Molina de primog. lib. 1. cap. 8. n. 37. *verfic. fi autem.* Pero no procede esto, quando el Fundador no impone gravamen de nuevo, y antes sì lo quita, sin alterar la substancia de la Fundacion, ni sus llamamientos, ni perjudicar à los llamados en cosa alguna, como en este caso sucede. Vide Add. ad Molin. de primog. ibi, y à num. 38. Castillo lib. 3. controv. cap. 10. num. 1. y siguientes.

DISCVRSO I.

17. NO obstante, lo que queda sentado in facto, & in jure, pretende Don Juan Poxio suceda su muger en este Vinculo, porque quando se fundò, yà estaba con los Esponsales, que havia contrahido, ligada, y precisada, à efectuar el matrimonio, que despues contraxo; y assi no pudo, ni tuvo arbitrio, para cumplir el precepto de la Fundadora, que por esto le excusa de incurrir en la exclusion, y la condicion puesta en su llamamiento, como impossible, no debe subsistir, y por consiguiente queda el llamamiento puro. Pero esto tiene muchos convencimientos. El primero, que hai gran distincion entre los contractos, y las ultimas voluntades, porque en estas las condiciones impossibles, ò à *jure*, ò à *natura rejiciuntur de institutione, legato, seu fidei commisso.* Y las impossibles *de facto seu ratione per plexitatis viciant institutionem, legatum, seu fidei commissum.* D. Molina de primog. lib. 2. cap. 12. num. 36. y 37. y es expresso de las leyes 3. y 4. tit. 4. part. 6. pero en los contractos las condiciones impossibles por naturaleza, ò por derecho, ò de facto, vician el contrato. Como dice D. Molina loc. cit. num. 38. textus in §. si impossibilis instituta de inutilib. stipul. Y es comun esta distincion entre los Authores, y adaptandola D. Molina à los Vinculos, y Mayorazgos, prosigue à los num. 39. y 40. que si son hechos por ultima disposicion, siguen la naturaleza de las ultimas voluntades; y si son establecidos por contracto irrevocable, se vician, poniendoles semejantes condiciones. Y explicando mas esto, prosigue, que si la condicion impossible es propriamente condicion, puesta à lo principal de la fundacion de el Vinculo, procede la distincion referida entre contractos, y ultimas voluntades; pero si la condicion impossible està puesta en los llamamientos, como las mas

veces

veces no ſea condicion rigoroſa, ſino modo, y eſte aunque ſea impoſsible, no vicie el contracto, quedarà ſubſiſtente el llamamiento, y excluido el modo; pero llega à el num. 43. y dice: *Vltimo loco conſiderandum eſt, quod etiam ſi hujus modi graVamina Verè, ac proprie conditiones eſſe dicantur, Vocationeſque ipſas in eorum eVentu ſuſpendant: juſta ea quæ ſupra imprincipio hujus capitis tradidimus in eis ſerVanda erunt ea, quæ imprincipio hujus capitis dicta ſunt. Nec tunc ex adictione conditionis turpis Vocationi adjectæ totus majoratus, ſed ipſa ſolum Vocatio Vitiabitur. Cum quæ libet Vocatio, tanquam donatio ſeu ſubſtitutio diVerſa, ac ſeparata accipienda ſit, prout ſupra lib. 1. cap. 1. num. 17. obſtendimus: conſequens eſt, ut ex unius condictionis impoſsibilis adictione non totus majoratus, ſed ſola Vocatio, cui adjecta eſt, Vitiari debeat.* Y aplicando eſto à nueſtro caſo, en que la fundacion es por contracto irrevocable, y la condicion es propriamente tal, y no modo, como queda fundado en el ſegundo preludio, num. 12. aunque fuera impoſsible, ſolo obrara el efecto de viciar el llamamiento de Doña Ana, y quedar anulado, y como ſi llamada no fuera, ni huviera ſido; pero el Vinculo, y llamamiento de Don Joſeph de Balcarcel, y demàs Succeſſores, firme, y ſubſiſtente.

18. Lo ſegundo, porque no es lo miſmo, que Doña Ana, por tener contrahidos Eſponſales con Don Juan Poxio, no pudiera cumplir la condicion, de caſar con Don Joſeph de Balcarcel, que ſer impoſsible la condicion: porque como eſta, ni contiene impoſsibilidad de derecho, ni de naturaleza, que ſon las que ſe repelen de las ultimas voluntades, por eſpecial favor de eſtas, y la impoſsibilidad provenida de los Eſponſales, eſta de parte de Doña Ana, que los contraxo, y no de parte de la condicion, no puede quitarſe eſta, dexando pura la diſpoſicion de Doña Beatrìz, aunque huviera hecho la fundacion en Teſtamento. Compruebaſe eſto con la l. 3. t. 4. part. 6. en que explicando, qual ſea condicion impoſsible por naturaleza, pone el exemplo, de *tocar el Cielo con la mano*; y hablando de las condiciones impoſsibles por derecho, pone por exemplo: *Si dixere el Teſtador à el Heredero, que lo inſtituye, ſi no ſacare à ſu Padre de captiverio, ò ſi no le diere de comer*, y concluye, que todas las condiciones, que ſon contra honeſtidad, ò contra buenas coſtumbres, ò contra obras de piedad, ò derecho natural, ſe tienen por impoſsibles. De que ſe evidencia, que la

 im-

impoſsibilidad ha de provenir, de mandar el Teſtador alguna coſa, que por sì miſma es impoſsible, y en lo natural no puede tener cumplimiento; ò lo que manda, repugna à la honeſtidad, piedad, derecho poſitivo, ò natural; pero no quando la impoſsibilidad proviene de hecho de el Heredero, Legatorio, ò Succeſsor, que voluntariamente ſe inhabilitò, è impoſsibilitò, de hacer, y cumplir, lo que el Teſtador diſpuſo, que entonces no ſe tiene por impoſsible la condicion, ut ait Aguila ad Roxas de in comp. part. 1. cap. 1. num. 33. ibi: *Non enim ſtatim ac conditio per eum cui relinquitur, non poteſt impleri impoſsibilis judicanda, & rejicidebet.* Y Roxas ibi, num 49. refiere caſo practico, en que uno inſtituyò à ſu nieto con la condicion, y gravamen, de que uſaſſe el apellido, y armas de ſu Abuelo materno, ſin intermicion de otras, y no pudiendo cumplir eſta condicion, por tener la miſma en otra inſtitucion de Heredero, que ſe le havia hecho, queria, que como impoſsible, ſe quitaſſe de la inſtitucion de Heredero de ſu Abuelo, la condicion de uſar de ſu apellido, y armas ſolamente. Y reſuelve à el num 53. que ſiendo como era la condicion honeſta, y no impoſsible *à jure, vel natura,* ni vicia, ni ſe vicia, ni ſe ha de expeler de la diſpoſicion; y aſsi eligiendo una de las dos herencias, no puede obtener la otra. Y lo miſmo dice Aguila en el caſo de dos legados, ò fidei commiſſos, con cõdiciones contrarias, como ſi un Teſtador lega à Pedro con condicion de que vaya à Roma, ò caſe con Maria, y otro Teſtador dexa à el miſmo Pedro legado, con condicion, de que caſe con Juana, ò que no caſe con Maria, ò no vaya à Roma, que cumpliendo la condicion de el primer legado, ſe impoſsibilita de cumplir la de el ſegundo; pero eſta impoſsibilidad no excluye la condicion de el ſegundo, y aſsi no podrà conſeguir ambos legados, porque las condiciones no eran impoſsibles, ſino contrarias; y cumplida la una, quedò el legatario por ſu proprio hecho impoſsibilitado, è impedido de cumplir la otra. Y como el que dà cauſa à el impedimento, no ſe contempla impedido para excuſarſe de cumplir lo que ſe le manda ex leg. 2. §. 9. ff. ſi quis caut. in judic. ſciſten. cau. fac. non obtemp. & ibi, gloſſa Barboſa axioma 116. Sabeli, ſumma. §. impedimentum n. 5. Si Doña Ana Barcarcel ſe impoſsibilitò con los Eſponſales, para cumplir la condicion de caſarſe con Don Joſeph de Balcarcel, como eſta impoſsibilidad provino de ſu proprio hecho voluntario, no la puede excuſar de cumplir la condicion pueſta en ſu llamamiento,

miento; y no siendo, como no es, esta impossible, por alguno de los capitulos que comprehende ley de partida, y antes sì es licita, honesta, y possible, como queda fundado à el num. 13. no puede aprovecharle à Doña Ana su impossibilidad, y por consiguiente queda excluida de conseguir el Vinculo.

19. Ni puede excusar à Doña Ana, que la fundacion se hiciesse despues de celebrados los primeros Esponsales, antes de su pubertad, ni que ignorasse la fundacion, y sus condiciones, quando yà en la pubertad ratificò los Esponsales con Don Juan Poxio, porque haciendose cargo Roxas de incomp. part. 3. cap. 3. num. 15. de todo esto, y ponderando la inculpabilidad, que resulta de la ignorancia de la fundacion de los Mayorazgos, y sus condiciones, puestas à los llamados à la sucession, y que por esto se casaron con personas prohibidas por el Fundador, lo que no huvieran hecho, si la fundacion huviera sido anterior à su casamiento, ò huvieran sabido, ò podido presumir, que esse havia hecho, ò havia de hacer tal fundacion, à que havian de ser llamados, con la condicion de casar, ò no casar con tales, y tales personas, no huvieran contravenido à la fundacion, la qual, y su noticia les hallò yà impedidos de cumplir la condicion, la que por esto debe darse por cumplida, y admitirles à la succession. No obstante esto, resuelve à los num. 17. y 18. que han de quedar excluìdos, por haver contravenido à lo dispuesto por el Fundador. Y es la razon, que para esto dà *quod cum in conditionibus maximè attendi debeat tacita, vel expressa voluntas fundatoris, quæ conditiones regit ex leg. condict. 19. ff. de condict. & demonstrat. & in casu nostro militet præsunta voluntas, quæ colligitur ex causa finali apponendi tatem conditionem prohibitionis, & incompatibilitatis, certum est, excludi tan antea conjugatum in vita institutoris, vel ante delatam successionem, quam qui postea contragit cum persona prohibita: nam uterque qualiter in mente institutoris tanquam contraveniens judicari debet, atque ita excludendus à successione.*

20. Tambien el Cardenal de Luca de testam. disc. 73. n. 37. se hace cargo de esta ignorancia de las fundaciones, que alegan los Successores, para obtener los Vinculos, sin cumplir las condiciones de sus llamamientos; y hablando en terminos mas estrechos de nuestro caso, porque supone à una muger de corta edad casada, mas por direccion de sus padres, ò de aquellos, à cuyo cargo està, que por su libre arbitrio, y voluntad, como lo hizo Doña Ana Balcarcel contra la de su madre, y Tia, y no obstante, no la excusa de cum-

plir

plir la condicion. Y es la razon, porque si se admitieran estas limitaciones, nunca, ò rara vez se daria caso, en que tuviesse efecto la disposicion de los Fundadores, y con facilidad se dexarian illusorias. Y aunque esta era bastante razon, dà otra en el versiculo siguiente: *His autem ita simpliciter sumptis, numquam intellectum captivari potuit in obsequium tot, tantarumque authoritatum, quibus judices, vel de jure respondentes de ferre adstricti videntur. Deus enim, qui piissimus est pater omnium, atque fons misericordiæ, denegat vitam æternam invitato carenti veste nuptiali, atque virginibus non ferentibus secum oleum in lampadibus, justa Parabolas Evangelii, quamvis ex imprudentia, & fragilitate id sequatur. Ideòque ubi quis hanc legem rei suæ adjiceres voluit, pro illius consecutione, tunc ille, qui non ad implet, sibi imputet. Nulla enim fit injuria contravenienti, qui nil de suo amitit, sed quod alienum est, non assequitur, ob qualitatem à Domino præscriptam, quæ in eo desit. Cum enim testator rebus suis honestam legem adjiciendo, voluerit, ut illi tantum ad illarum assecutionem ad mittantur, qui legem servaverint; hinc pro inde non videtur, quid prohibere debeat hujus voluntatis observantiam, dum observantia talis præcepti, est finis à testatore desideratus, atque absque isto, quoties rationabilis est, ac honestus, nulla naturalis, vel positiva ratio exigére debet, ut res aliena, sine domini consensu in alium transeat.*

21. No se ha de atender, prosigue Luca en el versiculo siguiente, si la contravencion à la voluntad, y disposicion, proviene de desprecio, ò no; sino lo que principalmente se ha de atender, es el fin de la disposicion; y si este no se puede cumplir por el que pretende la succesion, no la puede, ni debe obtener: y es la razon, porque la causa final es, la que rige, y gobierna toda la disposicion, y la substancia de la misma disposicion, ut ait Castill. Controv. lib. 5. cap. 172. n. 7. Y faltando la causa final, falta el contracto, la disposicion, ò acto: *Vt ait ipse.* Castill. ibi. n. 26. Y como el fin de la disposicion de Doña Beatriz, en la fundacion de el Vinculo, fue la conservacion de sus bienes en su casa, y familia, y q̃ esta se conservasse, y permaneciesse siempre con el lustre, que havia tenido: como esto no puede cumplirse, succediendo Doña Ana su sobrina, en el Vinculo, por estàr casada con Don Juan Poxio, aunque se casasse en fuerza de los Esponsales, contrahidos antes, que se le hiciesse saber la fundacion de el Vinculo, y de que se fundasse este, no puede succeder en èl. Que la causa final fuesse la expressada, lo dice la misma fundacion en su introduccion, y no nee-

cef-

cesitaba de otra prueba. Pues, como dixo Castill. loc. cit. n. 16. *Ex præfactione sivè proemio dispositionis causa finalis colligitur.* Pero se conoce mas, porque la causa final es, la que mira toda la disposicion ut ait. n. 11. Y si se atiende à la de Doña Beatriz, en la fundacion de el Vinculo, en todas sus clausulas, llamamientos, y condiciones, no se hallaràn dirigidas à otro fin, que à el de la perpetuidad, y conservacion en su casa, y familia; y siempre que se halla esto en alguna disposicion, se presume la causa final de ella, *ut ait.* Cast. lib. 5. cap. 173. n. 30. y à el n. 25. para distinguir la causa final de la impulsiva, y que se conozcan una, y otra, dice, que la causa final *tendit ad favorem disponentis, vel alterius tertii, vel ejus simul, & accipientis; impulsiva autem tendit ad commodum, & favorem solius accipientis.* Y como la fundacion de Doña Beatriz, en el todo, ni por lo respectivo à el llamamiento de Doña Ana, su sobrina, no se puede decir, que fue solo en utilidad de esta, sino mirando à la de la misma Fundadora, en la conservacion de sus bienes en su familia, y en utilidad tambien de Don Joseph de Balcarcel, y de todos los varones de ella: es evidente, que fue la causa final de la fundacion, la conservacion de el Vinculo, y sus bienes en la familia Balcarcel.

22. De esto resulta otro convencimiento à la pretension de Doña Ana; porque si la Fundadora la llamò à la succesion de el Vinculo, casandose con Don Joseph de Balcarcel, no fue con otro fin, que el de conservar sus bienes en su familia, tomando à Doña Ana por instrumento, para conseguir el fin, que es, lo que en caso semejante dixo Luc. de testam. disc. 73. n. 27. y como casada con Don Juan Poxio, no puede ayudar à el fin de la disposicion de Doña Beatriz, queda totalmente excluìda; y lo contrario lo tuvo Luca por repugnante à toda razon legal, y natural. Y para que se vea habla en terminos, los mas proprios de nuestro caso, entra suponiendo, que para la descicion, se ha de mirar la mayor, ò menor racionabilidad de la disposicion, y prosigue: *Si enim testator, qui filiis masculis careat, vel illorum deficientiam prævideat, atque agnationis, & familiæ conservationem rationabiliter cupiat, amplam hæreditatem relinquat filiabus, vel aliis descendentibus, sub præcepto nubendi in familia, quodque in casu contraventionis, bona solum debeantur fœminæ observanti. Vel quod ex eisdem bonis censeatur erecta primogenitura, seu alia dispositio ad favorem familiæ. In his ac similibus casibus, contra omnem legalem, ac naturalem rationem videtur opinio, quæ excuset contra-*

venien-

venientem, atque hujusmodi dispositionis præcissam observantiam neget, dum constat, quòd principale intentum testatoris directum fuit ad favorem familiæ, ac bonorum conservationem in ea, quæ ex matrimonio resultare debet; fœminæ verò vocatæ, ac honoratæ fuerint, tanquam medium, ac instrumentum, per quod hujusmodi finis impleatur. Quemadmodum enim, ob istum honestum finem conservationis bonorum in agnatione, licitum est privare ingredientes religionem, ac perfectiorem vitam eligentes; ita multò magis in præsenti, quoniam, non contraventio, vel odium aliarum nupciarum, sed favor agnationis, ac familiæ, videtur esse causa dispositionis, illeque fuit primus in intentione disponentis.

23. No necessita de commento, ni aplicacion la doctrina de Luca; pero para mayor claridad, y conocimiento de la incapacidad, con que Doña Ana se halla, para suceder en el Vinculo, por haver casado con Don Juan Poxio, se reproduce la doctrina de Roxas citada en el §. 16. con la qual se prueba, que Doña Ana yà no es de la familia de Balcarcel, sino de la de Poxio, à la que la Fundadora de el Vinculo no atendiò, ni quiso, que sucediesse en èl, y de esto no resulta odio, ni fin desordenado, è irracional en la Fundadora de el Vinculo; sino el mas honesto, y loable, de que se conservasse su caudal, y Vinculo en la familia de Balcarcel. Y toda la vez que esto cessa, ò falta, sea, ò no, por voluntaria contravencion de Doña Ana, ò por ignorancia de la fundacion à el tiempo de los Esponsales, ò por otro qualquier capitulo, se halla excluìda, inhabil, è incapaz de succeder en el Vinculo, aunque no estuviesse por ella el defecto de la condicion, pues bastaba solo, ser llamada baxo de la de casar con Balcarcel, y haver faltado esta, como dixo Aguila ad Roxas de incomp. part. 3. cap. 3. num. 21. la condicion se tiene por cumplida, quando no quedò por el gravado con ella cumplirla: *Dummodo in solam ejus utilitatem sit relictum, nan si alterius contemplatio sit, cui non impleta conditio nocet, impleta prodest, relictum deficit: quia in prævidiciuum tertii pro impleta non habetur, et siper eum non stet, atqui in majoratus institutione ea conditio in familiæ conservationem aposita est: Ergo, &c.*

24. No se opone à esto D. Molin. de primog. lib. 2. cap. 13. num. 26. donde hablando de condicion, puesta à el Successor de el Mayorazgo de casar con cierta muger, que señalò el Fundador, muriendo esta antes de cumplirse la condicion, dice, no se ha de privar de el Mayorazgo, y sucession de èl à el llamado; porque, ademàs de que sin su culpa aquel primer llamado quedaria

pri-

privado de la sucession de el Mayorazgo, y recaeria este en otro pariente mas remoto de el Fundador, el defecto de la condicion nunca vicia la disposicion, quando es verosimil, que el Fundador haria la misma disposicion, en caso de faltar la condicion, no por culpa de el Successor llamado, sino por la muerte de la muger, con quien le mandaba casasse. Porque esta doctrina la limita el mismo D. Molin. en las annotaciones, que puso à el fin de su tratado de primog. num. 13. *Quando fæmina erat vocata sub ea conditione ut masculo agnato nubetet, idque ad conservandam agnationem factum fuit.* Lo que se verifica en este caso, pues la condicion se puso à Doña Ana, para que casando con Don Joseph de Balcarcel, y por muerte de este (antes de casarse, ò despues de casado sin dexar sucession) con otro de la misma familia, se conservasse esta con lustre, y en ella permaneciesse el Vinculo, y ni aun duda dexò la Fundadora, para dàr lugar à congeturas, ni verosimilitud, de que quisiesse, que Doña Ana su sobrina succediesse en el Vinculo, aunque por casualidad no cumpliesse la condicion, de casar con Balcarcel, pues en este caso expressamente la excluye, y pone como si no huviera sido llamada.

25. Esta distincion, que entre los varones, y hembras hizo D. Molin. se halla tambien en las adiciones de Aguila ad Roxas de incompat. part. 3. cap. 3. num. 24. ibi: *Proderit etiam advertere an fœminus similis conditio nubendi in familia sit injuncta, vel masculis etiam sit apposita, nan in majoratu in quo sin exclusæ fœminæ, vel vocatæ dum in familia nubant, nequaquam poterunt admiti, nisi in familia nuptæ, secus si masculis apponatur.* Y es la razon: *Quia in masculis hæc propriè conditio non est, sed invim modi onus in junctum; in fœminis autem, non solum videntur vocatæ sub hac conditione, sed potuis sub contraria exclusæ, inter conditionem autem, & exclutionem maxima est diferentia.* Y prosigue *fœminæ enim quæ eam qualitatem desiderent, pro se no habent vocationem, quæ ad succedendum requiritur, qualitate autem deficiente sub qua est quis vocatus, admiti no potest.* Ex leg. 45. tau. ibi: *Que segun la disposicion de el Mayorazgo debiere suceder en èl.*

26. Aun mas se convence la pretension de Doña Ana, si se atiende, à que los primeros Esponsales, que contraxo antes de la pubertad, aun con el juramento no quedaron tan firmes, que no pudiesse separarse de ellos despues, que llegò à la pubertad ex dictis à Sanchez de Matrim. lib. 1. disp. 51. num. 21. Y lo confir-

ma el hecho de haverſe contrahido otros Eſponſales, ò ratificado los primeros, eſtando yà en la pubertad. Y ſiendo unos, y otros baxo de la condicion, de obtener la diſpenſa de el impedimento de conſanguinidad, haſta obtenerla, y aun deſpues, pudo ſepararſe de ellos, y no preſtar nuevo conſentimiento, como ſe requiere ſegun Gutierrez canqq. lib. 1. cap. 22. y el Cardenal de Luc. de matrim. diſc. 7. num. 4. y annot. ad Con. Trid. diſc. 27. num. 6. y 11. y de dot. diſc. 79. num. 9. cuya opinion, dice, es la mas verdadera, y mas recebida en la Rota, que la contraria de algunos, que refiere Gutier. Y quando ſe le notificò la fundacion à Doña Ana, ni conſta ſe huviera obtenido la diſpenſa de el parenteſco, ni que ya obtenida, huvieſſe conſentido de nuevo en los Eſponſales con Don Juan Poxio, y por conſiguiente ſe hallaba en tiempo, y con arbitrio, y libertad, para elegir, ò el Vinculo, y caſamiento con Balcarcel, ò dexar uno, y otro por caſarſe con Don Juan Poxio. Y aunque todo eſto ceſſara, y ſe hallaſſe Doña Ana con la diſpenſa, y dado nuevo conſentimiento, y perfeccion à los Eſponſales, todavia tenia el remedio, para excuſarſe de cumplirlos, que propone Luc. de matrim. diſc. 8. num. 11. que es valerſe de la novedad, ſobre venida por la fundacion de eſte Vinculo, el que perdia caſandoſe con Don Juan Poxio, lo qual, y el ſentimiento, que ocaſionaba eſto à ſu Madre, Tia, y parientes, junto con ſu corta edad, eran baſtante, para excuſarla de cumplir los Eſponſales, como lo funda Luc. Y todo eſto eſtaba obligada Doña Ana à executar, para dàr cumplimiento à la condicion, con que eſtaba llamada à el Vinculo, ſi queria ſuceder en el Sabeli. §. impedimentum num. 6. Luc. de empt. dic. 51. num. 3. de Benefi. diſc. 56. num. 3. Donde fundan, que el impedido eſtà obligado à remover el impedimento, haciendo à eſte fin todas las diligencias poſsibles, aunque el impedimento provinieſſe de un Tercero, y con mayor razon proviniendo de ella miſma: *Quoniam iniquum eſſet, ac naturali eſt Scriptio juri contrarium, ut ex impedimento culpoſe preſtito commodum reportare debeat*, que dixo Luc. ubi ſupra.

27. Y para que no ſe perſuada Doña Ana, à que ſu pretenſion puede hallar patrocinio en la Doctrina, que refiere Roxas de incomp. part. 3. cap. 3. num. 16. en favor de el Succeſſor, gravado con la condicion de caſarſe con perſona conſanguinea, y de la familia de el Teſtador, que debe ſer admitido à el Mayo-

raz-

razgo, si à el tiempo de la succession estaba casado fuera de la familia, cuya opinion le atribuye à D. Molin. de primog. lib. 2. cap. 13. num. 16. se referiràn sus palabras: *Si vero majoratus Successor, qui seiam accipere jusus fuerat, cum alia contraxerit, posteaque prima uxore defuncta, seiam accipere velit, conditioni parere non videvitur imò ea ex voluntate institutoris de fecta consenda erit. Quod probabile mihi videtur: dummodo tempore delatæ successionis, vel post illam delatam, cum alia adversus institutoris majoratus voluntatem contrahat, non enim à majoratus successione excludendus erit ex eo, quod antea cum alia contraxerit: si tempore delatæ successionis jam prima mulier de functa sit. Cum conditiones semper tempus mortis præcedentis possessoris, atque delatæ successionis respiciant.* Quan contrario sea esto à lo que refiere Roxas, no necessita de explicacion, y quan poca, ò ninguna probabilidad tenga aquella opinion, ella misma lo manifiesta.

28. Tampoco favorece à Doña Ana la deciscion de esta Real Audiencia, que refiere D. Castillo lib. 4. controv. cap. 25. en favor de Doña Ana de Quesada, à quien su Tio Diego Nuñes de Arroyo dexò en su Testamento mil y quinientos ducados, los que se le diessen, quando se casasse, siendo dentro de dos años, despues de la muerte del Testador, y passados serca de seis años, casòse Doña Ana, y se le mandò pagar el Legado, aunque faltò la condicion de casarse dentro de los dos años, porque este tiempo no se señalò como causa final de la disposicion, sino solo como causa impulsiva, puesta en favor de la Legataria, à fin de que su Padre tratasse de casarla quanto antes, y por ella no quedò cumplir la condiciòn, ni pudo honestamente executar lo mandado por el Testador, porque no le era à ella decente, y honesto, casarse sino con quien su Padre quisiesse, y quando este lo dispusiesse, cuyas razones, en que funda D. Castillo, desde el num. 33. la referida descicion, no se hallan, ni proceden en nuestro caso, y antes sì lo contrario: pues Doña Ana se casò con quien, y quando quiso, contra la voluntad de su Madre, à quien por no tener Padre debia estàr sujeta en todo, y principalmente en esto, por ser inhonesto deliberar las hijas por sì en esta materia, que por el mal exemplo, que en ello dàn, es perjuicial à la republica, y en opinion de algunos gravemente pecaminoso, como lo expone Luc. de dot. disc. prim. num. 19. y 25. teniendo este caso la circunstancia à graváte, de haverse salido Doña Ana de la casa de su

ma-

madre, y caminado quatro leguas hasta la Ciudad, todo lo qual la ponia en mayor obligacion de desistir de el casamiento con Don Juan Poxio, y efectuar, el que su madre le havia tratado con Balcarcel, para publica satisfaccion de el arrojo, à que la havian persuadido, ò Don Juan Poxio, ò la esclava.

29. Y esto lo facilitaba mas la fundacion de este Vinculo, con la condicion puesta en el llamamiento à Doña Ana, la que por ninguna razon se puede llamar inhonesta, y antes sì laudable, ut ait. D. Larrea. desc. 59. n. 1. Y pues no quiso Doña Ana valerse de la disposicion de su Tia, para cumplirla, tampoco puede valerse de ella, para utilisarse de el llamamiento à el Vinculo: *Quia beneficio meo nemo potest uti nisi quatenus ego volo Bald. in leg. de quibus ff. de leg. n. 26.* D. Cast. lib. 5. Controv. cap. 64. n. 5. y siguientes. Y ademàs tiene la diferencia este caso, de el de la executoria, que la disposicion era en ultima voluntad, y sin substitucion alguna, y por consiguiente faltaba perjuìcio de tercero, y el fin se havia conseguido, que era el casamiento de D. Ana de Quesada, con persona con digna. Y en nuestro caso, ni se ha conseguido, ni se puede conseguir el fin de la disposicion de D. Beatriz, en el llamamiento de su sobrina D. Ana, por estàr ya casada con D. Juan Poxio, à el tiempo de la succesion, y excluìda de esta, y adquirido derecho à Don Joseph de Balcarcel, y passado à este la succesion, y la possesion civil, y natural, *ut fundat* Larrea desc. 59. n. 19.

DISCVRSO II.

30. TOdo lo hasta aqui discurrido, y sentado, es antecedente preciso, para fundar, que en el juìcio possessorio, que se controvierte, debe obtener D. Joseph de Balcarcel, por ser el legitimo, y verdadero succeſſor en el Vinculo; pues por la L. 45. de Toro, la possession civil, y natural passa à aquel, *que segun la disposicion de el Mayorazgo, debiere succeder en èl.* De cuyas palabras infiere D. Molina de primog. lib. 3. cap. 13. n. 10. *Quod ad hoc, ut in eum, qui pretendit se esse majoratus successorem, bonorum majoratus possessio transferatur, prius tractandum, atque discutiemdum sit, utrum is sit versus, ac legitimus ejusdem majoratus sucessor, vel non.* Por lo qual los interdictos possessorios en esta materia, siempre tienen admixta la causa de propriedad, como fundò el mismo *D. Molina. loc. cit. desde el n. 9.* Y assi se admiten en ellos las exepsiones de

la propriedad, para excluir à el que pretende la possession: *Quia quidquid detrahit proprietati, detrahit etiam possessioni.* Porque no puede darse possession, en el que no es verdadero, y legitimo successor del Vinculo, que pretende *D. Molina, loc. cit. n. 12. y siguientes.* Y aunque esto lo limita à el n. 15. quando las exepsiones no se prueban incontinenti, ni si puede conocer de ellas summariamente, sino que necessitan mayor conocimiento de causa, en juìcio ordinario, qual no es el de tenuta, de que habla: no hallandonos en estos terminos, sino en un juìcio possessorio ordinario, no procede esta limitacion. Y mas quando aunque estuviessemos en el juìcio mas estrecho, que se pueda considerar, se halla la exepsion probada incontinenti, con el mismo instrumento, que Doña Ana presentò para fundar su accion, que es la fundacion de el Vinculo, de la que resulta excluìda de la succession, por la contravencion, que entra confessando. Luca de judiciis, disc. 42. num. 10. disc. 20. num. 22. Y esta exepsion tiene tal fuerza, que sin oponerla parte alguna, repele à el actor, como lo fundò *Parexa de instrum. edit. tit. 4. resol. unica, §. 2. n 50. con Acevedo, D. Valenzuela, y otros.*

31. Es verdad, que la Fundadora llamò à Doña Ana por primer Successor de el Vinculo; pero este llamamiento fue condicional, y por consiguiente de ningun efecto, no cumplida la condicion. *Parexa, tit. 5. resol. 8. n. 20.* Y constando incontinenti, que la condicion havia faltado, porque Don Juan Poxio entra hablando como marido de Doña Ana, por consiguiente faltò el llamamiento de esta, y se hallaba como sino fuesse llamada: *Paria enim sunt nil fierit, aut fieri subconditione, quæ purificata non fuerit. Conditione nanque deficiente, deficit ipso jure omnis dispositio, tan inter vivos, quam in ultima voluntate, nec relictum debetur. D. Castillo, lib. 4. Controvers. cap. 55. n. 7. y 8.* Y siendo de la obligacion de Doña Ana, para pretender la succession, y que se le diesse la possession actual de los bienes de el Vinculo, entrar justificando, que se havia cumplido la condicion de su llamamiento, porque siendo hecho, no se presume, sino se prueba por el que en èl funda su intencion. *D. Castillo, ubi supr. num. 9. y siguientes.* En este caso es tan al contrario, que la misma Doña Ana entra confessandose muger de Don Juan Poxio, y por consiguiente, que faltò la condicion, y el llamamiento, y se halla probada incontinenti la exepsion de incapacidad en Doña Ana, para succeder, y para haversele transferido la possession civil, y natural, que solo passa à el Successor avil, y capàz, como fundò *D. Molin. Loc. cit. num. 25.* Y el Successor incapàz se reputa por

muer-

muerto, porque en esta materia: *Paria sunt mortuum esse aliquem, et sic non stare, sive stare, et non posse succedere D. Castillo lib. 3. controv. cap. 15. num. 46.* y siguientes. Donde tambien dice, que: *Non obstat sequentibus in gradu, imo statim fit locus sequenti sustituto, ac si primus vocatus non fuisset. Con D. Molin. Mieres,* y otros que cita.

32. Esto mismo se halla expressado en la fundacion de este Vinculo, y por la qual, si Doña Ana tiene el llamamiento, tiene tambien la exclusion, en caso de no cumplir la condicion, de efectuar el casamiento con Don Joseph de Balcarcel, y verificado que esta faltò, como lo entra confessando Doña Ana en su primer pedimento, con la misma fundacion entra excluyendo la possession, que pretende tomar de los bienes de el Vinculo, por la razon que diò Carleval de jud. tit. 3. disp. 14. num. 10. *Quia cum exepcio continetur in instrumento, vel ex eo cousta, non minus est guarentigia exepcio, quam accio, nec minus meretur executionem.* Con que si Doña Ana, y por ella Don Juan Poxio su marido, en execucion de la disposicion de Doña Beatriz, en la fundacion de este Vinculo, pretenden la possesion, igualmente les excluye, è impide tomarla la misma fundacion, y contra lo literal, y expresso de ella no pueden obtener la possesion. Luca de judiciis disc. 44. num. 107. y mas quando por la disposicion de la *ley* 45. *de Toro* se hallaba yà Don Joseph de Balcarcel, como primer llamado, con la possesion civil, y natural, en la qual pidiò ser manutenido, y contradixo, la que pretendia tomar Don Juan Poxio por su muger, cuya contradiccion no se puede dudar fue legitima; assi porque en el juicio possessorio *adispiscende,* que intentò Don Juan Poxio, es admissible qualquiera contradicion, aunque esta se funde en el derecho de propriedad: *D. Molin. de primog. lib.* 3. *cap.* 13. *num.* 16. como se pruebe incontinenti, y mire derechamente à la sussession, como explican los Addentes; y tambien porque como fundò el *Luca de fidei com. disc.* 13. *num.* 14. *y disc.* 171. *num.* 11. es legitimo contradictor: *Qui ex eodem titulo, vel jure coæquali veniat, vel ubi jus actoris pro fidei commissia secutione hoc judicium possessorium in tentantis turvidum sit.* Lo que se verificò en este caso, por lo qual suspendiòse mandarle dàr à Don Juan Poxio, y su muger la possession, que pretendian: porque este efecto causa la legitima contradicion. *Gomez lib.* 45. *de Toro num.* 147. Se siguiò el juicio summarissimo possessorio de interin, y aunque en èl constò el mejor derecho de Don Joseph de Balcarcel, y por consiguiente, que en este se havia transferido la

pos-

possession civil, y natural, y tambien que se hallaba en la Real, y actual porque debia obtener la manutension. Gomez in dicta L. tauri num. 126. D. Covarrub. qq. pp. cap. 17. Para que no llegasse este caso, pretendiò Don Juan Poxio el sequestro de las Rentas, y frutos de el Vinculo, à lo que desde luego se difiriò, y sobre esto se ocurriò à la Real Audiencia de Canaria, en donde insistiendo Don Joseph de Balcarcel en el juicio summario de manutension, Don Juan Poxio la pretendiò, para su muger, y que esta se declarasse Posseedora de el Vinculo, que es el juicio possessorio ordinario de el interdicto *uti possidetis*, en el qual Gomez indic. L. num. 173. Dice, que lo que debe pedir el Actor es, que se declare Posseedor, y que no se le moleste, ni inquiete en la possession. Tuvo la Audiencia de Canaria por conveniente, y arreglado no diferir à la manutension en el juicio summario, poniendo en sequestro los bienes, y tomar conocimiento en el juicio possessorio ordinario, recibiendolo à prueba con el termino correspondiente. Y aunque esto, en terminos de ser la contradiccion de Don Joseph de Balcarcel tal, que necessitasse de este mayor conocimiento de causa, pudiera tener lugar, no se hallaba el Processo en este estado, sino en otro mui diverso: pues incontinenti entrò probando Balcarcel, que era el primer Successor, y havia llegado el caso, con la muerte de Doña Beatriz Fundadora, de transferirsele la possession civil, y natural, y verificadose el de la exclusion de Doña Ana, ò que esta no era llamada, y aunque *D. Molina de* primog. lib. 3. cap. 13. num. 40. dudò, que à el primer Successor passasse la possession civil, y natural. Los Addent. afirman, que la mas verdadera, y recibida opinion es, que en fuerza de la L. 45. *de Toro*, muerto el Fundador, passa la possession civil, y natural à el primer Successor, en la que debiò ser manutenido Don Joseph de Balcarcel, por haver justificado el mejor derecho, como funda *Antonio Gomez, in dict. leg. n. 179. y n. 126.*

33. Y aunque Paz de tenuta cap. 50. num. 25. defiende, que el que no es llamado à la Succession del Mayorazgo, y està excluido de èl, por oponerse à la voluntad de el Fundador, puede, no obstante, pretender se declare Successor, y que se le ha transferido la possession legal. Esto es, quando el Fundador no

la pudo excluir, por ser de los que tienen llamamiento preciso por la *L.* 27. *de Toro.* Y como para qualquier acto no basta solo la voluntad, sino concurre la potestad, si la exclusion, ò no llamamiento de el Fundador careciò de potestad, no debe subsistir, ni tener efecto su voluntad: porque debiendo esta arreglarse à la disposicion de la ley, sino se arreglò, es nula, y de ningun efecto. Estas mismas razones persuaden, que no puede aprovechar à Doña Ana de Balcarcel la doctrina, y fundamentos de Paz; porque Doña Beatriz su Tia no tenia precision de llamarla à la succesion de el Vinculo, ni prohibicion de excluirla, nì por la L. 27. de Toro, que habla en los Mayorazgos de el tercio y quinto, que fundan los padres en favor de sus hijos, ò descendientes, y no de los que fundan los Transversales, à cuyos bienes ningun derecho tienen los Sobrinos, y parientes de el Fundador, el que tiene su voluntad libre, para hacer, ò no vinculacion de su Caudal, y llamar à ella los Successores, que quisiere, è imponerles los gravamenes, y condiciones, que por bien tuviere. Castillo controv.lib. 5. cap. 64. num. 12. y sig. D. Molina de primog. lib. 2. cap. 12. num. 34. et Addentes ibi: Y por consiguiente la potestad, y la voluntad concurren libremente à el acto de la fundacion, sin que les resista la ley, y ninguno puede pretender la succesion contra la disposicion de el Fundador, ni valerse de la *Lei* 45. *de Toro*, ni de los interdictos possessorios: porque estos solo competen à los llamados, y resisten à los excluidos, los que no pueden quitar à aquellos la possession civil, y natural, que ipso jure, se le transfiere, *segun la disposicion de el Mayorazgo*; sino es venciendolos antes en juicio de propriedad, como lo fundò *Pax. dict. num.* 10. y siguientes. Por lo qual Doña Ana de Balcarcel ni puede fundar su pretension en la voluntad de su Tia Doña Beatriz, ni contra ella valerse de disposicion de derecho, por no haver alguna, que precisamente la constituya llamada à la succesion de el Vinculo.

34. No se necessita para la exclusion de Doña Ana, que se declare en juicio, y por sentencia, haver contravenido à la disposicion de la Fundadora, y llegado el caso de su exclusion, porque esto fuera preciso, quando ya Doña Ana huviesse succedido en el Vinculo, y se hallasse en possession de èl, y despues

pues por contravenir à la disposicion, se le quisiesse privar de su goce, y despossеerla de los bienes, que es en los terminos, en que *Roxas de incompat. part. 3. cap. 1. num.* 51. dice, que es necessaria la declaracion de la contravencion, por sentencia. Y *D. Molina de primog. lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 44. *versic. sed.* Y *Pax. de tenut. cap.* 36. Porque, aunque por la contravencion quede privado el Posseedor de el Vinculo, se necesita declararse por sentencia la contravencion. Y aun en estos terminos lo limita Paz *cap.* 34. *num.* 41. quando es cierta la contravencion, y por ella la vacante de el Mayorazgo impuesta por el Fundador. Y quando de la contravencion consta incontinenti, como fundò *Agula ad Roxas ubi supra n.* 119. Concediendo en este caso à el siguiente Successor el remedio possessorio de la tenuta, como si huviera muerto el posseedor de el Vinculo: y à el n. 118. refiere casos practicos, en que asi lo viò determinar, y en ninguno mas que en este podrà hallarse justificada incontinenti la controvencion, pues Daña Ana la entra confessando.

35. Y aunque replica, que no le puede obstar, para succeder en el Vinculo, porque la condicion era torpe, inhonesta, è impossible, y puesta sin animo, de que quedasse excluìda, aunque casasse con Don Juan Poxio. De todas estas replicas se ha de decir lo mismo, que de las exepciones; porque como dixo *Scacia de judiciis, lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 142. *ita se habet replicatio ad exeptionem, sicut se habet exeptio adactionem.* Las replicas han de ser, para que se admitan en el juìcio de la misma naturaleza de las exepciones, que en aquel juìcio se pueden admitir; por lo qual *D. Olea de cess. jurium. tit.* 5. *q.* 10. *num.* 14. y siguientes. Funda, que en el juìcio executivo, asi como no se puede admitir exepcion dudosa *in facto, vel jure,* que requiera *altiorem indaginem*, y se ha de reservar para otro juìcio ordinario: tampoco se admiten las replicas de el actor, que sean de esta misma naturaleza, sino se reservan para juìcio, en que pueda tomarse de ellas conocimiento competente. Con que si en los juìcios possessorios se admiten las excepciones de la propriedad, quando estas incontinenti se prueban. *D. Molina de primog. lib.* 3. *cap.* 13. *num.* 15. y si no se reservan para el juìcio de propriedad. Lo mismo se ha de decir de las replicas, que pone Doña Ana contra la exepcion de con-

tras

travencion, y exclusion; que incontinenti està probada, y por consiguiente la duda solo puede caber en las replicas, porque estas (contra lo literal de la fundacion, y confessìon de Doña Ana de haver contravenido à ella) se fomentan por defecto de potestad en la Fundadora, para imponer condiciones, que se suponen torpes, ò impossibles, ò de voluntad de obligar à Doña Ana à cumplir la condicion, para obtener el Vinculo.

36. Se han de admitir estas replicas, y tomar conocimiento de ellas en el juìcio possessorio, segun *Pax. de tenuta. cap. 30. num. 26. y siguiente.* Y en este pleito se han admitido, y sobre ellas se han hecho probanzas; de las quales no ha resultado concluyente justificacion, de que la voluntad de Doña Beatriz fuesse otra, que la que expressò en la fundacion, la qual tiene à su favor la certeza de la voluntad en ella explicada. *Roxas de incompat. part. 8. cap. 2. num. 21. y siguientes.* Y contra esto nada prueban las voluntarias deposiciones de testigos singulares, y con otras tachas legales, que afirman de oìdas à Doña Beatriz, havia de revocar la fundacion, para que su caudal recayesse en su sobrina. Y caso negado, Doña Beatriz dixesse esto, y expressasse, que su animo no fue excluìr à Doña Ana de el Vinculo, por contravenir à la condicion; como se hallan repetidos actos de Doña Beatriz, que se oponen à semejante expressìon, y confirman la voluntad explicada en la fundacion; à estos se ha de atender, porque hacen prueba mas cierta, è induvitable, que las palabras *Ex dictis*, preludio segundo, num. 15. Y quando huviesse alguna duda de ella, solo resultaria ser la replica ofuscada, y dudosa, y no poder vencer à la exepcion clara, y evidente de exclusion, que pugna contra Doña Ana; y lo mas que pudiera conseguir esta, seria la reserva de su derecho, para el juìcio de propriedad; pero no que se le declare posseedora, con una resistencia tan clara de la fundacion, y de la ley, que esto solo *à el que segun la disposicion de el Mayorazgo debe suceder*, le dà la possessìon civil, y natural.

37. Y lo mismo procede en quanto à la impossibilidad de la condicion, porque està excluìda con lo fundado en el discurso primero, y tambien se excluye lo ilicito, è inhonesto,

to, con lo expressado à el num. 13. y *D. Larrea, descic.* 59. *num.* 1. que dice: *Es loable* semejante condicion, y gravamen en los Mayorazgos; por lo qual ninguna duda hai, en que la condicion obligò à Doña Ana cumplirla, para succeder en el Vinculo; y que por haver faltado à ella, està excluìda de su goce, por ser este un contracto reciprico, *Dout facias. Pax. de tenuta. cap. 36. num. 2.* Y como del contracto condicional, pendiente la condicion, no nace accion, ni obligacion, y solo resulta una esperanza, de que cumplida la condicion, nacerà la obligacion. *Gomez, Variar. cap.* 11. *num* 29. faltando la condicion, falta el contracto, y queda como si no se huviesse celebrado. *Gomez ibid. versic. itemmadde.* Y mucho mas en este caso, que aì expressa exclusion, la que quita hasta la esperanza de succeder. *Aguila, ad Roxas de incomp. part 4. cap.* 1. *num.* 8. Y por consiguiente tiene Doña Ana, no solo resistencia de derecho vehementissima, que la excluye de obtener en el juicìo possessorio *D. Covarr. pp. qq. cap.* 17. *num.* 6. *versic. quarto*; sino tambien una clara exclusion: *Quæ initium acquisitionis impedit ut ait Aguila ubi supra part.* 8. *cap.* 7. *num.* 21. Por lo qual, ni la propriedad, ni la possession puede obtener: porque andan estos derechos tan unidos, que *eum, qui injuditio proprietatis vincere nequit, neque impossessorio remedio vincere posse. Pax. de tenut. cap.* 38. *n.* 27.

38. Y la replica, que ha opuesto Doña Ana, para evadir la fuerza de la condicion, y sus efectos, queriendo persuadir, ser modo, y no condicion el gravamen, ò precepto de casar con Don Joseph de Balcarcel, à mas de estàr convencida, con lo que à los num. 11. y 12. và dicho con *D. Molina de primog.* y los Addentes lib. 2. cap. 12. n. 18. se excluye porque el modo, y la condicion, aunque difieran en el principio, en el fin convienen; pues uno, y otro se deben cumplir. *D. Castillo. lib. 4. controv. cap.* 55. *num.* 31. Y si Doña Ana no puede cumplir el precepto de la Fundadora, porque yà està casada con otro, aunque fuera modo, faltando, resuelve la disposicion, y no hai que esperar su cumplimiento, ni que interpelarla sobre èl, ni declarar, que no ha cumplidolo, y privarla de el goce de el Vinculo: porque todo esto procede, quando el modo se puede cumplir por el Successor, que està en el goce, y possession,

y en estos terminos procede, lo que sobre esto dixo, y explicò latamente. *D. Castillo, Controv. lib. 5. cap. 115.* Pero quando faltò, y ya no puede verificarse, ni cumplirse, no hai para que practicar estas diligencias, ni diferencia entre la condicion, ni el modo, porque este es lo mismo, que una condicion resolutiva. *Castillo, lib. 4. cap. 55. num. 31.* Y aunque estas, segun *D. Molina de primog. lib. 2. cap. 12.* Y *D. Castillo, ubi supra, num. 44.* resuelven el acto desde el principio, como si no huviera sido hecho, y el modo resuelve el acto *Ex post facto in casu modi non impleti.* En quanto à el exito, vale el argumento de el modo à la condicion; y à la contra *D. Castillo, ubi supra.* Respecto de lo qual, si desde que Doña Ana casò con Don Juan Poxio faltò el que llama modo, con que havia de gozar el Vinculo, queda su llamamiento resuelto; y por consiguiente, à el tiempo de la succession, ya no tenia llamamiento, ni pudo transferirle dominio, ni possession, que uno, y otro ha recaìdo en Don Joseph de Balcarcel, por ser el que *segun la disposicion de el Mayorazgo, debe succeder en èl. D. Molina de primog. lib. 3. cap. 12. num. 2. y 4. Pax. de tenuta, cap. 60. num. 3.* Y Doña Ana de Balcarcel, por haver faltado la condicion de su llamamiento, y contravenido à ella, nunca se puede considerar Successora. *D. Molina, lib. 2. cap. 12. num. 20. ibi cum majoratus successor sub conditionibus prædictis, et non alias vocatus, in casu contraventionis ab initio numquam vocatus censendus sit.*

39. Con estos fundamentos se ha suplicado de la sentencia de vista, y tambien esto se ha contradicho por parte de Don Juan Poxio, queriendo, que no haya suplicacion en este pleito, siendo asi, que en todos es admissible, como no se halle expressamente prohibida. Bob. lib. 5. polit. cap. 1. num. 119. por ser de la misma naturaleza que la apelacion. *D. Matheu. Controv. 18. num. 20. D. Salgado de Reg. part. 1. cap. 2. num. 233.* Y en este caso, y pleito, no solo no se halla prohibida, sino expressamente admitida por V. S. pues confirmò la determinacion de la Audiencia de Canaria, *en vista* con que se manifiesta, quedò admitida la suplica, y declarado, que havia lugar à ella. Y aunque esto bastaba, para que conociesse Don Juan Poxio, que la sentencia de vista era suplicable, se hace mas

evi-

evidente con la doctrina de *D. Molina de primog. lib. 3. cap. 17.* y ſiguientes, donde funda, que en los juicios poſſeſſorios, que tienen anexa la cauſa de propriedad, como es el de la *L. 45. de Toro*, es admiſsible la apelacion, y la ſuplica en ambos efectos. Y aunque por la *Lei 9. tit. 7. lib. 5. recop.* ſe limitò eſto, denegando lo ſuſpenſivo de la ſuplicacion, y deſpues por la *L. 5. tit. 19. lib. 4.* ſe denegò en el todo, proceden ſolamente en el juicio de tenuta, quando eſte ſe intenta en el Real Conſejo, que es donde unicamente ſe puede conocer, y determinar ſobre èl; pero quando en los demàs Tribunales ſe litigan Mayorazgos, y Vinculos, y ſe ſiguen los juicios poſſeſſorios, no proceden las dichas leyes, y reglas de el juicio de tenuta. *Pax de tenut. cap. 39. num. 50.* Y ſiendo reſtrictivas de el beneficio, que el derecho concede, no ſe han de extender, ſino limitar à el caſo, en que hablan: por lo qual *D. Covarr. pp. cap. 17. num. 4. verſic. octavo, et ibi Faria.* Aun en el interdicto ſummariſsimo de el interin afirman, ſer admiſsible la ſuplica, y aſsi ſe practica en la Real Chancilleria de Granada.

40. Por lo qual, ſin embargo de la contradiccion hecha por parte de Don Juan Poxio, eſpera la parte de Don Joſeph de Balcarcel la reformacion de la ſentencia de viſta. Salva in omnibus S. T. C. Sevilla, y Junio 6. de 1738.

Lic. Don Juan de Campo Largo.